O HABEAS CORPUS NA PERSPECTIVA DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Afranio Silva Jardim

Professor Associado de Direito Processual Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Livre-docente. Procurador de Justiça (aposentado) no E.R.J.

1) *Breve explicação.*

O presente estudo será compacto e direto. Não vamos fazer digressões doutrinárias ou citação jurisprudencial. Nenhuma consulta se fez. Na verdade, vamos estabelecer premissas que já pertencem ao "domínio público" na Teoria Geral do Processo. Colocadas tais premissas, procuraremos extrair conclusões que nos pareçam mais lógicas.

Assim como na natureza, no direito também nada se cria, tudo se transforma numa forma dialética. Todos os autores que lemos sobre o tema são, de alguma forma, determinantes deste sucinto e desprezioso trabalho.

A toda evidência, vamos operar com as categorias cunhadas pela Teoria Geral do Processo. Embora combatida por uma minoritária corrente da doutrina do Direito Processual Penal, a Teoria Geral do Processo existe e nos fornece um importante instrumental lógico e racional para explicar o "fenômeno" processual. Não consigo pensar o Direito sem teorias gerais...

Partimos da premissa de que o **Habeas Corpus**, em hipótese alguma, tem a natureza de recurso, consoante assente, de há muito, pela doutrina. O **Habeas Corpus**, ainda que impugnando uma determinada decisão judicial, instaura uma outra relação jurídica processual, com sujeitos, causa de pedir e pedido diversos daquele processo onde foi prolatada a decisão que se deseja desconstituir.

Todos dizem que o **Habeas Corpus** tem a natureza jurídica de uma verdadeira "ação". Este também é o nosso entendimento. Cabe explicitar com que conceito de ação vamos trabalhar. Aqui, para nós, ação é um direito subjetivo público, autônomo e

abstrato, porém conexo a uma relação jurídica de direito material, de manifestar em juízo uma determinada pretensão. Flagrante a influência de Liebman. Usamos a expressão "pretensão" no sentido de Carnelutti: vontade que o autor manifesta em juízo de que prevaleça o seu interesse em detrimento do interesse do réu. O pedido exterioriza a pretensão, a vontade do autor.

Por derradeiro, há casos em que a ação tem como escopo a declaração ou desconstituição não de uma relação jurídica material, mas sim uma relação processual, por exemplo: ação para declarar nulo um ato processual ou anular um processo, nada obstante a coisa julgada material (ação rescisória, revisão criminal ou mesmo **habeas corpus**).

Ora, se o **Habeas Corpus** tem a natureza de direito de ação, precisamos extrair todas as consequências desta constatação, na perspectiva da Teoria Geral do Processo. É o que passamos a fazer em seguida.

Cabe ressaltar que não vamos cuidar aqui do chamado **Habeas Corpus** de ofício, que não tem a natureza de ação, mas sim de mero provimento ou medida incidental, vale dizer, decisão jurisdicional prolatada no curso de um determinado processo, instaurado em face do exercício de outra ação.

2) *Ainda a natureza jurídica do Habeas Corpus.*

Dizer que o **Habeas Corpus** tem a natureza de "direito de ação" já é dar um grande passo. Entretanto, precisamos caminhar um pouco mais (aqui rejeitamos as expressões remédio constitucional, instrumento heróico, etc, pois nada esclarecem e carecem de técnica mais apurada).

Também não nos satisfaz a assertiva de que o **Habeas Corpus** é uma ação constitucional. Não está errado. Entretanto, tal afirmação parte de uma perspectiva meramente formal e pouco esclarece no plano processual. Neste sentido mais amplo, toda ação é constitucional, cabendo ao Direito Processual apenas regular o seu exercício. Uma coisa é o direito e outra coisa é o exercício do direito. Ademais, a Constituição da República nomeia expressamente várias outras ações e isto não dispensa a doutrina de perquirir se elas têm natureza civil, penal ou trabalhista.

Costuma-se dizer que o **Habeas Corpus** é uma ação penal. Nem sempre. Se classificamos a ação tendo em vista o direito a ser aplicado para "satisfazer" a pretensão do autor, podemos ter um **Habeas Corpus** como ação civil ou ação trabalhista. Basta

pensar no **Habeas Corpus** que tenha como escopo anular uma decisão do juiz da vara de família que, em um processo civil, decorrente de uma ação de alimentos, determina a prisão do réu por prazo maior do que o previsto no Direito Civil. Este **Habeas Corpus** não é uma ação penal, evidentemente.

O **Habeas Corpus**, quando ação penal (ou não), submete-se à conhecida classificação da teoria da ação, podendo ser uma ação declaratória, desconstitutiva ou mandamental (nunca condenatória). Tudo isto depende do pedido formulado pelo autor na sua petição inicial. Muito do que se disse aqui pode valer para a ação de mandado de segurança.

3) *Consequências jurídicas das premissas estabelecidas.*

A lógica nos autoriza a fazer algumas afirmações questionadoras do que encontramos costumeiramente na jurisprudência e doutrina pátrias. Vale repetir: se o **Habeas Corpus** é uma ação, deve ser tratado como uma ação. É até mesmo intuitivo.

3.1. Descabe a expressão, muito usada pelos tribunais, de "não conhecer do **Habeas Corpus**".

Alguém já viu alguma decisão não conhecendo de uma ação de despejo ou de uma ação penal pública condenatória?

Esta expressão é própria do juízo de admissibilidade dos recursos. O **Habeas Corpus** não é um recurso ...

Cabe então examinar sim se as chamadas condições para o regular exercício da ação de **Habeas Corpus** estão ou não presentes.

Em caso positivo, julga-se procedente ou improcedente o pedido (declaratório, desconstitutivo, mandamental). A ação não é julgada ... (é um direito que se exerce, regularmente ou não).

Em caso negativo, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito.

Se o **Habeas Corpus** é uma indevida reiteração de um outro em tramitação ou já julgado, temos a litispendência ou coisa julgada. Nestas hipóteses, também devemos ter a extinção do processo de conhecimento sem julgamento de mérito por falta de uma condição para o regular exercício do direito de ação. De longa data, sustentamos que a "originalidade" tem a ver com o duplo e indevido exercício do mesmo direito de ação (não seria pressuposto negativo ...). Desta forma, a "originalidade" (não litispendência;

não coisa julgada) é uma verdadeira condição genérica para o regular exercício do direito de ação, por isso, o segundo processo deve ser extinto sem julgamento de mérito e não anulado.

De qualquer forma, a reiteração da ação de **Habeas Corpus** não deve levar à decisão atécnica de não conhecimento ...

A mesma impropriedade se verifica no uso das expressões "indefiro o habeas corpus" ou "denego a ordem". Indeferir está mais ligado a meros requerimentos. Jamais se viu algum juiz dizer que indefere ou denega uma ação de despejo ...

3.2. O exercício da ação de **Habeas Corpus** determina a instauração de um processo de conhecimento (processo enquanto conjunto de atos jurídicos regulados pelo Direito Processual). Entendo, como disse alhures, que processo e relação processual são categorias jurídicas distintas, como o são o criador em relação à criatura. Da prática de determinado ato surgem, para os sujeitos que atuam no processo, direitos, deveres, faculdades, ônus, sujeições etc, regulados pela lei processual.

Ora, se em decorrência do **Habeas Corpus** instaura-se um processo de conhecimento, é imprescindível que tenhamos autor e réu, já que as partes são pressuposto de existência de qualquer processo. Note-se que no **Habeas Corpus** preventivo não temos processo cautelar, pois a tutela é satisfativa. O chamado "impetrante" é o autor da ação de **Habeas Corpus**, podendo ter legitimação ordinária ou extraordinária (qualquer pessoa do povo ...). Na segunda hipótese, o autor (impetrante) é substituto processual do titular do direito de liberdade que se procura tutelar em juízo (paciente).

A autoridade coatora é a ré neste processo de conhecimento e deve sustentar a legalidade do seu ato, atacado pela ação de **Habeas Corpus**. Pode até este réu (autoridade) reconhecer a procedência jurídica do pedido e fazer cessar de imediato o constrangimento ao direito de liberdade, conforme dispõe a lei processual penal.

Destarte, autor é quem pede e réu é aquele em face de quem se pede a tutela jurisdicional. O Ministério Público deve atuar neste processo de conhecimento, ora como autor, ora como **custos legis** (terceiro) e até mesmo como réu (quando for dito que o ato atacado é de sua autoria). Isto em todos os graus de jurisdição.

3.3. Pelo que acima se disse, não é apropriado "julgar prejudicado" o **Habeas Corpus**. O processo de conhecimento só pode ser extinto com ou sem resolução do mérito, quando faltar uma das condições para o regular exercício do direito de ação. Se não mais estiver presente o interesse de agir, julga-se extinto o processo sem o exame de seu mérito. Aliás, mérito é categoria do processo e não do direito de ação ... De igual forma, deve-se julgar quando for verificado que a ação de **Habeas Corpus** não é o instrumento processual adequado à tutela do direito postulado. Nesta hipótese, faltaria interesse de agir, pois o meio utilizado jamais poderia dar o "bem da vida" desejado pelo autor.

3.4. Quando julgado o pedido formulado na ação de **Habeas Corpus**, a decisão de mérito faz coisa julgada material, surgindo daí as diversas e intrincadas questões relativas aos seus limites objetivos e subjetivos, questões estas que aqui não nos cabe examinar.

3.5. Se o autor da ação de **Habeas Corpus** (impetrante) assevera, na sua petição inicial, que determinada autoridade dita coatora (réu) foi o agente do ato que se deseja atacar e, ao depois, verifica-se pela prova produzida (documental) que outra foi a pessoa que praticou o ato, deve-se julgar improcedente o pedido, mesmo que o verdadeiro autor do ato esteja submetido à competência de outro órgão jurisdicional. As condições da ação devem ser examinadas tendo em vista o que, em tese, alega-se na petição inicial e não tendo em vista o que restou provado (mérito). Descabe aqui declinar da competência, como é de costume fazer.

3.6. "Trancar inquérito", "trancar processo", "trancar ação"???

Embora estas questões estejam relacionadas não com o processo de conhecimento instaurado em decorrência do exercício do direito de ação de **Habeas Corpus**, mas sim com os efeitos da sua decisão de mérito, cabe aqui fazer um reparo a estas expressões que não encontram respaldo na técnica processual, malgrado consagradas pelo costume. Não se trata de mero preciosismo. Cuida-se de usar os termos processuais adequados a fim de que se saiba com clareza o que realmente foi decidido e que efeitos tal decisão produz. Em nenhum dispositivo de nosso código processual encontramos o instituto do trancamento do inquérito, do trancamento do processo ou da ação ... (ação e processo são categoria idênticas ...???)

Entendemos que a decisão em **Habeas Corpus** que "tranca" um inquérito produz o mesmo efeito de uma decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação. Surgindo notícia de prova nova, as investigações policiais devem ser retomadas. Surgindo a prova nova, o direito de ação deve ser exercido pelo Ministério Público (princípio da obrigatoriedade da ação penal condenatória pública). Já escrevemos sobre estes temas.

A decisão de arquivamento jamais pode fazer coisa julgada material, pois não há ação, jurisdição ou processo. Trata-se de uma decisão judicial e não jurisdicional, prolatada em um procedimento administrativo de natureza inquisitória, presidido por um delegado de polícia.

Na hipótese de aplicação do disposto no art.28 do Cod.Proc.Penal, a decisão verdadeiramente é do Procurador-Geral (como falar-se de coisa julgada? ...).

Na verdade, ao decidir pelo arquivamento do inquérito policial (procedimento administrativo inquisitorial), o juiz não deve aplicar o Direito Material ao caso concreto, dizendo que o indiciado agiu em legítima defesa ou justificado por alguma outra excludente de ilicitude ou culpabilidade. Deve dizer sim que não há prova mínima da ilicitude ou reprobabilidade da conduta investigada (*justa causa*). Também sobre isto já escrevemos.

Entretanto, uma decisão de mérito, provocada por uma ação de **Habeas Corpus**, transitada em julgado, pode impedir a instauração de novo inquérito ou mesmo impedir o prosseguimento das investigações em andamento. Isto se dá quando o órgão jurisdicional decidir sobre o "direito de punir" do Estado. Por exemplo: via ação de **Habeas Corpus**, o juiz ou tribunal podem declarar extinto o **ius puniendi** estatal, tendo em vista o reconhecimento da prescrição. Neste caso, não caberá mais a persecução penal como efeito desta decisão jurisdicional. Aqui houve ação (**habeas corpus**), jurisdição e processo.

Tudo isto vale, **mutatis mutandis**, para a decisão de "trancamento do processo ou da ação" (sic). Os efeitos desta decisão serão: a) extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de uma condição da ação); b) anulação do processo ou de alguns de seus atos; c) declaração de inexistir ou ter desaparecido o "direito de punir" do Estado, hipótese muito excepcional.

4) *CONCLUSÃO*:

Não cabe aqui repetir o que sustentamos no desenvolver deste resumido estudo, até porque ele já tem um formato meio tópico, sendo que cada item já é por si uma ou mais conclusões. O que fica claro para nós é que a dogmática processual é indispensável para darmos racionalidade e solução lógica aos vários problemas que surgem no processo, sendo de rigor a precisão terminológica. Um dos escopos da teoria é "iluminar" o atuar prático, explicando-o e lhe dando funcionalidade. Vale dizer, a técnica jurídica é indispensável a todos aqueles que pensam ou aplicam o Direito.

Maio de 2014